

Dokument	<b>ZBJV 153/2017 S. 116</b>
Autor	<b>Jörg Schmid, Dominic Buttlinger</b>
Titel	<b>Zwei Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht: Prägungsformel und nebensächliche Verpflichtungen</b>
Seiten	<b>116-135</b>
Publikation	<b>Zeitschrift des bernischen Juristenvereins</b>
Herausgeber	<b>Jörg Schmid, Sibylle Hofer</b>
Frühere Herausgeber	<b>Heinz Hausheer</b>
ISSN	<b>0044-2127</b>
Verlag	<b>Stämpfli Verlag AG</b>

## **Zwei Fragen aus dem Dienstbarkeitsrecht: Prägungsformel und nebensächliche Verpflichtungen**

Von Prof. Dr. Jörg Schmid und  
Rechtsanwalt Dominic Buttlinger, Universität Luzern <sup>1</sup>

### **I. Übersicht**

Im Folgenden sollen zwei dogmatisch anspruchsvolle und praktisch wichtige Fragen des Dienstbarkeitsrechts zur Sprache kommen: einerseits der mögliche Inhalt von Dienstbarkeiten, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Prägungsformel bei negativen Dienstbar-

---

**ZBJV 153/2017 S. 116, 117**

keiten (II.), andererseits die nebensächlichen Verpflichtungen nach Art. 730 Abs. 2 ZGB (III.). Beide Fragen stellen erhebliche Anforderungen an die Notariats-, Grundbuch- und Gerichtspraxis. Bezüglich der nebensächlichen Verpflichtungen ist überdies zu untersuchen, ob die Gesetzesrevision von 2009 zu einer geänderten Auslegung Anlass gibt oder nicht.

---

<sup>1</sup> Der Text ist ein (leicht überarbeiteter) Ausschnitt eines Vortrags zum Thema «Dienstbarkeiten», den Prof. Jörg Schmid an der Weiterbildungsveranstaltung des Inspektorats für die Notariate, Grundbuch- und Konkursämter des Kantons Zürich vom 5. November 2016 in Rüschlikon gehalten hat.



## II. Der Inhalt von Dienstbarkeiten im Allgemeinen und die Prägungsformel

### 1. Die Grundsätze

Aus Art. 730 Abs. 1 und 2 ZGB – der insoweit als allgemeiner Grundsatz des Dienstbarkeitsrechts gilt – folgt, dass der Inhalt einer (Grund- oder Personal-)Dienstbarkeit stets in einem *Dulden oder Unterlassen* des Eigentümers des belasteten Grundstücks bestehen muss. Der römisch-rechtliche Grundsatz hierzu lautete: «*Servitus in faciendo consistere nequit*» (eine Servitut kann nicht in einer positiven Leistungspflicht bestehen). Eine Pflicht zur Vornahme positiver Handlungen kann demnach:

- bei dienstbarkeitsrechtlicher Ausgestaltung nur *nebensächlich* mit der Unterlassungs- oder Duldungspflicht verbunden werden (Art. 730 Abs. 2 ZGB; dazu III.);
- als sonstige «dingliche Last» nur als *Grundlast* und damit unter den (relativ engen) Voraussetzungen von Art. 782 ff. ZGB begründet werden – unter anderem mit der Folge, dass dem Schuldner das Recht auf Ablösung nach Art. 788 f. ZGB zur Verfügung steht;
- im Übrigen nur als *schuldrechtliche* (vertragsrechtliche, also nicht dinglich wirkende) *Pflicht* vereinbart werden, und dies innerhalb der allgemeinen Inhaltsschranken, die für Verträge gelten, namentlich des Verbots der übermässigen Bindung nach Art. 27 Abs. 2 ZGB (und Art. 19 Abs. 2 OR). Es ist zudem möglich, den Pflichtigen vertraglich die zusätzliche Verpflichtung aufzuerlegen, bei Veräusserung des Grundstücks diese Pflicht zur Vornahme positiver Handlungen dem Erwerber zu überbinden; doch kann die Pflicht im Fall der Nichtüberbindung oder der Zwangsvollstreckung dem Dritten nicht entgegengehalten werden.

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 118

Für Dienstbarkeiten gilt im Übrigen eine *erhebliche Gestaltungsfreiheit*, die indessen durch weitere Schranken begrenzt wird, welche sich aus den Kennzeichen und Zielen des Dienstbarkeitsrechts ergeben. Solche Schranken sind in Stichworten:<sup>2</sup>

- der Grundsatz der Typenfixierung;
- der aus Art. 736 ZGB abzuleitende Grundsatz, dass der Berechtigte ein vernünftiges Interesse an der Dienstbarkeit haben muss;
- der Grundsatz der Beschränktheit der Belastung (der aus Art. 730 Abs. 1 ZGB und der Grundidee des Eigentums folgt);
- der ebenfalls aus Art. 730 Abs. 1 ZGB folgende Grundsatz, wonach die (Grund-)Dienstbarkeit den Eigentümer des belasteten Grundstücks in der Ausübung von Eigentümerbefugnissen einschränken muss – und ihn nicht nur in der Betätigung seiner persönlichen Handlungsfreiheit beschränken darf.

Die letztgenannte Schranke führt zur *Frage*, wann denn eine *Beschränkung in der Ausübung von Eigentümerbefugnissen* vorliegt. Diese Frage stellt sich vor allem bei negativen (Grund-)Dienstbarkeiten, also dann, wenn der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Ausübung seines Eigentumsrechts in gewisser Hinsicht unterlassen muss (Art. 730 Abs. 1 ZGB, zweite Variante).<sup>3</sup> Zur Beantwortung hat das Bundesgericht bekanntlich (teilweise) auf die «*Prägungsformel*» von Peter Liver

---

<sup>2</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1260 ff.

<sup>3</sup> BGE 123 III 337 ff. (341 f.), E. 2c/aa; Liver, Zürcher Komm., N 110 zu Art. 730 ZGB. Zu den negativen Dienstbarkeiten vgl. etwa Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1209 und 1269.

zurückgegriffen und Folgendes festgehalten: Eine negative (Grund- oder Personal-)Servitut ist nur zulässig, wenn die Tätigkeit, auf welche der Eigentümer verzichtet, den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinung oder den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des Grundstücks betrifft, wobei die durch die Dienstbarkeit verbotene Tätigkeit den von aussen erkennbaren Charakter betreffen muss.<sup>4</sup> Die Anwendung dieser Regel im konkreten Einzelfall

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 119

bietet indessen in der Gerichts- und Grundbuchpraxis erhebliche Probleme,<sup>5</sup> was im Folgenden anhand konkreter Beispiele erläutert werden soll.

## 2. Die Konkretisierung der Prägungsformel

### A. Gewerbliche Nutzungen und Nutzungsbeschränkungen

Die *Nutzung eines Grundstücks zu gewerblichen Zwecken* ist nach der bundesgerichtlichen Praxis *prägend* für den Grundstückscharakter.<sup>6</sup> *Gewerbeverbote* – seien sie umfassend oder beschränkt – können daher laut der Rechtsprechung als Dienstbarkeiten ausgestaltet werden, und zwar auch dann, wenn mit der Gewerbebeschränkung ein Konkurrenzverbot angestrebt wird (etwa weil sich auf dem herrschenden Grundstück bereits ein entsprechender Gewerbebetrieb befindet).<sup>7</sup> Zulässig ist namentlich eine Dienstbarkeit, die jeden Handels- oder Gewerbebetrieb verbietet.<sup>8</sup> Daraus folgert die Rechtsprechung, dass es ebenso zulässig ist, in der Servitut nur eine einzige Art von Gewerbe (zum Beispiel eine Zimmerei) unter Ausschluss aller anderen Gewerbe zuzulassen.<sup>9</sup>

Demgegenüber kann mit einer als Dienstbarkeit ausgestalteten Gewerbebeschränkung grundsätzlich nicht bestimmt werden, was (welche Waren) in einem Ladengeschäft angeboten werden darf, zumal das *Warenangebot «in der Regel» nicht prägend* ist.<sup>10</sup> Insbesondere

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 120

vermag die blosser Beschränkung auf den Handel mit Produkten einer bestimmten Marke (Verbot des Ausschanks von Bier der Marke X auf einem Restaurantgrundstück, des Verkaufs von Treibstoff der Marke Y auf einem Tankstellengrundstück) den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter des belasteten Grundstücks nicht zu bestimmen und kann daher nicht als Dienstbarkeit errichtet werden. «Bierservitute»

---

4 BGE 123 III 337 ff. (342), E. 2c/bb, mit Hinweisen namentlich auf Liver, Zürcher Komm., N 110 und 113 zu Art. 730 ZGB. Liver (a.a.O., N 110) verlangt freilich zusätzlich, dass sich die verbotene Betätigung «nach aussen unmittelbar oder mittelbar schädigend, belästigend oder störend auswirkt» (ebenso Rey, Berner Komm., N 87 zu Art. 730 ZGB).

5 Kritisch zu einzelnen bundesgerichtlichen Entscheiden (namentlich zu BGE 114 II 314 ff. und 123 III 337 ff.) etwa Schmid, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, S. 273 ff.

6 BGE 114 II 314 ff. (317), E. 3c.

7 BGE 123 III 337 ff. (342), E. 2c/bb (in casu Grunddienstbarkeit mit dem Verbot, auf dem belasteten Grundstück ein anderes Gewerbe als eine Zimmerei zu betreiben); BGE 114 II 314 ff. (317), E. 3c (in casu Grunddienstbarkeit mit dem Verbot, auf dem belasteten Grundstück eine Bäckerei oder Konditorei zu betreiben). Laut dem letztgenannten Entscheid gilt das Gleiche für das Verbot, eine Gastwirtschaft zu führen (a.a.O. S. 318, E. 3d, mit Hinweis auf Liver, Zürcher Komm., N 131 zu Art. 730 ZGB).

8 BGE 123 III 337 ff. (342), E. 2c/bb mit Hinweisen.

9 BGE 123 III 337 ff. (343), E. 2c/cc.

10 BGE 114 II 314 ff. (318), E. 4.

11 BGE 123 III 337 ff. (343), E. 2c/cc; Liver, Zürcher Komm., N 114 ff. (Bier) und 133 f. (Tankstelle) zu Art. 730 ZGB; Rey, Berner Komm., N 90, 93 ff. und 102 ff. zu Art. 730 ZGB (teilweise mit Nuancen); Steinauer, Les droits réels II, Nr. 2217a; Schmid, Dienstbarkeitsrecht im



bzw. «Tankstellenservitute» sind aus diesem Grund unzulässig.<sup>11</sup> Gleiches gilt für die Verpflichtung zum exklusiven Energiebezug bei einer bestimmten Lieferantin.<sup>12</sup>

Bezüglich des Warenangebots mag man vom soeben Gesagten eine *Ausnahme* befürworten, wenn die Art des Produkts, auf welche sich das Verkaufs- oder Ausschankverbot bezieht, zu besonderen Immissionen Anlass geben kann, wie namentlich beim *Alkohol*. Ob alkoholische Getränke verkauft werden dürfen, kann nach der hier vertretenen Auffassung mit anderen Worten durchaus Grundstücksprägend sein, sodass ein entsprechendes Verbot als Dienstbarkeit zulässig ist.<sup>13</sup>

Die Gewerbebeschränkung darf – nach dem *Grundsatz der Beschränktheit der Belastung* – nicht derart weit gehen, dass dem Eigentümer des belasteten Grundstücks lediglich noch eine bestimmte (nämlich die in der Servitut bezeichnete) Art der Grundstücksnutzung verbleibt, zumal auf diese Weise das Eigentumsrecht ausgehöhlt würde.<sup>14</sup>

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 121

In der Vertragspraxis ist – nachdem die Unzulässigkeit der klassischen Bier- und Tankstellenservitut feststand – vereinzelt versucht worden, durch die *Verknüpfung einer (Verbots-)Dienstbarkeit mit einer obligationenrechtlichen Erlaubnis* eine Abnahmepflicht und ein Konkurrenzverbot zu verstärken – ein Phänomen, das bisweilen als «Sicherungsdienstbarkeit» (die Dienstbarkeit sichert im Grunde eine obligationenrechtliche Forderung) bezeichnet wird. Folgendes Vorgehensmuster ist typisch:

Die Mineralölgesellschaft X AG lässt auf dem belasteten Grundstück (des Eigentümers, der dort eine Garage betreibt) zu ihren Gunsten eine unbefristete und übertragbare Personaldienstbarkeit zur Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit einräumen, wonach «auf dem Grundstück kein Handel mit Treibstoffen, Schmiermitteln oder ähnlichen Produkten betrieben werden» darf. Gleichzeitig oder später schliesst sie mit dem Eigentümer des belasteten Grundstücks einen (obligationenrechtlichen) Vertrag über die Lieferung von Treibstoffen, Schmiermitteln und ähnlichen Produkten der Marke X ab – mit der Abrede, dass der Tankstellenbetrieb entgegen der Dienstbarkeit erlaubt ist, sofern und solange der Betreiber ausschliesslich (und allenfalls in bestimmtem Mindestumfang) die Produkte der Marke X bezieht.<sup>15</sup>

Hat das Grundbuchamt eine solche ihm angemeldete Dienstbarkeit einzutragen (immer vorausgesetzt, es habe von der «Zusatzabrede» Kenntnis)? Wie ist es um die Gültigkeit der Dienstbarkeit unter der vollen Kognition des Zivilgerichts bestellt? Die Praxis hat darauf unterschiedliche Antworten gegeben:

---

Wandel, S. 274 ff.; Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 285 ff.

<sup>12</sup> SJZ 32 (1935–1936) S. 348 f. (Eidgenössisches Grundbuchamt).

<sup>13</sup> Schmid, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, S. 274 f., mit Hinweis auf Liver, Zürcher Komm., N 131 zu Art. 730 ZGB (und wohl entgegen N 114 zu Art. 730 ZGB); a.M. offenbar Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 299 ff. Zu den wettbewerbsrechtlichen Aspekten von Gewerbebeschränkungen vgl. Wolf/Genna, S. 852 ff.

<sup>14</sup> BGE 123 III 337 ff. (343 f.), E. 3 (Zimmerei-Fall; in casu wurde eine übermässige Einschränkung der Eigentümerbefugnisse vom Bundesgericht verneint, da der Eigentümerin – unter Berücksichtigung der anwendbaren Zonenordnung – noch genügend Nutzungsmöglichkeiten verblieben).

<sup>15</sup> Vgl. den Sachverhalt des Urteils des BGer. vom 13. Mai 2008, Nr. 5A\_171/2008 = ZBGR 90/2009, S. 174 ff. In casu war im Dienstbarkeitsvertrag festgehalten, dass die Gegenleistung für die Errichtung der Dienstbarkeit in einem vorher abgeschlossenen Liefervertrag zwischen der Mineralölgesellschaft X AG und der Garage Y (Eigentümer des belasteten Grundstücks) geregelt sei. Ausserdem hatte sich die Mineralölgesellschaft auf dem Grundstück vorgängig ein Bau- und Betriebsrecht (Dienstbarkeit) für eine Tankstelle einräumen lassen (a.a.O., E. 2).



– In einem nicht amtlich publizierten (und sehr knapp begründeten) Urteil des Jahres 2008<sup>16</sup> hielt das Bundesgericht in einem Grundbuchbeschwerdeverfahren eine solche Dienstbarkeit für eintragungsfähig. Die Frage der Zulässigkeit der Servitut als dingliches Recht müsse von den damit verbundenen obligationenrechtlichen Abreden unterschieden werden; ein dienstbarkeitsrechtliches Gewerbeverbot sei nach ständiger Praxis zuläs-

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 122

sig.<sup>17</sup> Der Entscheid ist in der Lehre auf erhebliche Kritik gestossen.<sup>18</sup>

– Demgegenüber liess das Freiburger Kantonsgericht (auf Grundbuchbeschwerde der gleichen Mineralölgesellschaft hin) in seinem Urteil vom 13. November 2014 mit ausführlicher Begründung die Eintragung einer solchen Dienstbarkeit nicht zu.<sup>19</sup> In der beschriebenen Konstellation gehe es nicht um eine Beschränkung der Grundstücksnutzung, sondern im Grunde um eine Verdinglichung obligatorischer Bezugspflichten und damit lediglich um die Einschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit des Grundeigentümers – was auf eine unzulässige Gesetzesumgehung hinauslaufe.<sup>20</sup> Dabei setzte sich das Freiburger Kantonsgericht ausführlich mit dem genannten Bundesgerichtsurteil sowie mit der Lehre auseinander.<sup>21</sup> Die Beschwerdeführerin – wie gesagt die gleiche Mineralölgesellschaft wie im Bundesgerichtsfall von 2008 – verzichtete in der Folge auf eine Beschwerde an das Bundesgericht.

Die genannte Freiburger Praxis verdient Zustimmung: Eine getrennte Betrachtung der dinglichen und der schuldrechtlichen Abreden<sup>22</sup> wird den (problematischen) Zielen der Parteien in solchen Fällen nicht gerecht. Die Verdinglichung obligatorischer Bezugspflichten – und sei sie auch rein «faktischer» Natur, beruhe sie also lediglich auf «wirtschaftlicher Notwendigkeit» – stellt eine Gesetzesumgehung

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 123

dar.<sup>23</sup> Überdies fehlt der servitutsberechtigten Person ein Interesse an der Unterlassung (des Tankstellenbetriebs), welche der Eigentümer des belasteten Grundstücks dienstbarkeitsrechtlich schuldet; ihr Interesse richtet sich vielmehr auf das genaue Gegenteil: den Betrieb der Tankstelle, allerdings ausschliesslich unter Verwendung der Produkte der servitutsberechtigten Person.<sup>24</sup> Schliesslich kann man sich fragen, ob nicht auch eine zweckwidrige Verwendung des Rechtsinstituts der Dienstbarkeit (und damit ein rechtsmissbräuchliches Verhalten) vorliegt. Aus allen diesen Gründen sind *solche Sicherungsdienstbarkeiten unzulässig*. Geht die Verknüpfung von Dienstbarkeit und exklusiver Bezugspflicht aus den Akten hervor, beschlägt sie die

---

16 Urteil des BGer. vom 13. Mai 2008, Nr. 5A\_171/2008 = ZBGR 90 (2009) S. 174 ff.

17 Urteil des BGer. vom 13. Mai 2008, Nr. 5A\_171/2008, E. 3.1 = ZBGR 90 (2009) S. 174 ff.

18 Zum Beispiel Hürlimann-Kaup, ZBJV 146 (2010) S. 315 f.; Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 304, 327 und 332; derselbe, Les servitudes de concurrence, S. 155. Weitere Hinweise in FZR 2014, S. 210 ff. (215 f.), E. 2b (Freiburger Kantonsgericht).

19 FZR 2014, S. 210 ff.; ähnlich schon die Freiburger Aufsichtsbehörde über das Grundbuch als Vorinstanz: FZR 2015, S. 10 (der Entscheid ist früher ergangen, wurde aber später publiziert als der Kantonsgerichtsentscheid). Zum Kantonsgerichtsentscheid vgl. auch Hürlimann-Kaup, Unzulässigkeit sogenannter Sicherungsdienstbarkeiten, S. 163 f.

20 FZR 2014, S. 210 ff. (213 f.), E. 2a und b.

21 Zum Bundesgerichtsentscheid vgl. FZR 2014, S. 210 ff. (215 f.), E. 2c.

22 So etwa noch Rey, Berner Komm., N 98 zu Art. 730 ZGB, allerdings bereits mit dem Hinweis auf das Rechtsmissbrauchsverbot.

23 So bereits Cotti, Nr. 950, mit Hinweisen auf die deutsche Rechtslage.

24 So bereits Cotti, Nr. 952, der ausführt, der Servitutsberechtigte habe nicht ein Interesse am Gewerbeverbot, sondern lediglich am «Beugeffekt». Nach der Auffassung dieses Autors (Nr. 951) verstossen Sicherungsdienstbarkeiten überdies gegen den Grundsatz der Typengebundenheit.



Eintragungsfähigkeit des angemeldeten Rechts, was in die Kognition des Grundbuchverwalters und seiner Aufsichtsbehörden fällt (Art. 83 Abs. 2 lit. f GBV); eine solche Anmeldung muss das Grundbuchamt daher abweisen. Ist die genannte Verknüpfung nicht aus den dem Grundbuchamt mit der Anmeldung eingereichten Akten ersichtlich (weil als Beleg ein «reiner» Dienstbarkeitsvertrag ohne Zusatzabreden bezüglich Produktbezug eingereicht worden ist), so ist ein entsprechender Grundbucheintrag der Dienstbarkeit dennoch unwirksam und – vor dem Zivilgericht, welches mit voller Kognition urteilt – mittels Grundbuchberichtigungsklage angreifbar.

Wie gezeigt, bietet die bundesgerichtliche Fassung der Prägungsformel *reichlich Raum für Zweifelsfälle*. Diese liessen sich mindestens vermindern, wenn das Gericht den zweiten Teil der Liver'schen Formel (Immissionsträchtigkeit der fraglichen Tätigkeit) ebenfalls übernehmen würde.<sup>25</sup> Danach ist einerseits (wie vom Bundesgericht gefordert) erforderlich, dass die Tätigkeit, auf welche der Eigentümer durch die Dienstbarkeit verzichtet, den körperlichen Zustand, die äussere Erscheinung oder den wirtschaftlichen oder sozialen Charakter

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 124

des Grundstücks betrifft; andererseits und zusätzlich verlangt Liver, dass sich die verbotene Betätigung «nach aussen unmittelbar oder mittelbar schädigend, belästigend oder störend auswirkt».<sup>26</sup> So oder so bleibt die Prüfung der Zulässigkeit von Dienstbarkeiten zur Gewerbebeschränkung im Einzelfall eine Herausforderung.

## B.Private Nutzungen und Nutzungsbeschränkungen

Die dargestellte *Prägungsformel* mag ihren praktischen Hauptanwendungsbereich bei den Beschränkungen der gewerblichen Nutzung haben. Sie ist jedoch nach dem Wortlaut von Art. 730 Abs. 1 ZGB («... nach gewissen Richtungen sein Eigentumsrecht nicht ausüben darf») und von der Sache her *auch bei privaten Nutzungsbeschränkungen bedeutsam*. Was den Eigentümer bloss in seiner persönlichen Handlungsfreiheit einschränkt, ohne durch die (Be-)Nutzungsart den Grundstückscharakter zu prägen, kann nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. Im Einzelnen ist die Abgrenzung jedoch durchaus heikel, was folgende Konstellationen beispielhaft zeigen mögen:

- Die *Verpflichtung*, Bestandteile (oder Zugehörigkeiten) des belasteten Grundstücks *nicht zu veräussern*, beschränkt bloss die persönliche Handlungsfreiheit des Servitutsbelasteten und kann daher grundsätzlich nicht Dienstbarkeitsinhalt sein.<sup>27</sup> Anders verhält es sich, wenn es darum geht, «den Zustand, in welchem das Grundstück in Erscheinung tritt», nicht fühlbar zu verändern – etwa durch die Entfernung von Bäumen, Teichen, Wasserläufen, erratischen Blöcken oder durch die Beseitigung oder Umgestaltung von prägenden Bauwerken; derartige Unterlassungspflichten werden als zulässig angesehen.<sup>28</sup>
- Die Pflicht, ein Grundstück *nicht zu überbauen*, kann grundsätzlich Dienstbarkeitsinhalt sein. Die Verpflichtung, keine Überbauung vorzunehmen ausser mit dem Bauunternehmer Y («Unternehmerbindungsklausel»), beschränkt jedoch lediglich die persönliche Handlungsfreiheit des Servitutsbelasteten, ohne

---

<sup>25</sup> Cotti, Nr. 944; Schmid, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, S. 279 f.; ähnlich Germann, Nr. 282 f. und 287 («durch Immissionen oder andere Aussenwirkungen prägen»); ablehnend Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 260 und 277; derselbe, Les servitudes de concurrence, S. 146 f.

<sup>26</sup> Liver, Zürcher Komm., N 110 zu Art. 730 ZGB.

<sup>27</sup> Liver, Zürcher Komm., N 143 zu Art. 730 ZGB.

<sup>28</sup> Liver, Zürcher Komm., N 144 zu Art. 730 ZGB.

---

**ZBJV 153/2017 S. 116, 125**

das Grundstück zu prägen, und ist nicht dienstbarkeitstauglich.<sup>29</sup> Es gelten hier sinngemäss die bereits zur Bier- und Tankstellenservitut genannten Überlegungen (vorne II./2./A.).

– Die Verpflichtung, *das Flachdach des Gebäudes* auf dem belasteten Grundstück *nicht zu betreten und nicht zu benutzen*, ist grundsätzlich als Dienstbarkeit möglich und hat auch zum Inhalt, dass keine Gartenmöbel, Sonnenschirme und Blumentöpfe auf dem Flachdach aufgestellt werden. Ist das totale Betretungs- und Benutzungsverbot zulässig, so muss grundsätzlich auch ein zeitlich begrenztes Verbot («nachmittags», «abends von 18–24 Uhr», «an Sonn- und Feiertagen») als Dienstbarkeit ausgestaltet werden können. Heikel sind demgegenüber Formulierungen, die sich auf den Umgang mit beweglichen Sachen beziehen und primär als Einschränkungen der persönlichen Handlungsfreiheit des Servitutsbelasteten verstanden werden können («Verbot, Topfpflanzen auf der Terrasse aufzustellen»).

– Die *Wahl und Führung eines bestimmten Liegenschaftsnamens* ist nicht als Grundstücksnutzung anzusehen und kann daher dienstbarkeitsrechtlich nicht ausgeschlossen werden.<sup>30</sup>

– Zulässig als Dienstbarkeit ist nach der bundesgerichtlichen Praxis die Verpflichtung, *bei der Farbgebung von Gebäuden* auf dem belasteten Grundstück *dunkle Anstriche zu unterlassen* (Benutzungsbeschränkung) – auch wenn sie auf den ersten Blick «positiv» formuliert ist, etwa in dem Sinn, dass «die Farbgebung des Äusseren der [...] Gebäude [...] stets in einem einheitlichen hellen Tone zu erfolgen» habe.<sup>31</sup> Die Verpflichtung liegt nicht in einem Tun, weil der Servitutsbelastete nicht verpflichtet ist,

---

**ZBJV 153/2017 S. 116, 126**

sein Haus anzustreichen (er könnte laut Bundesgericht auch einfach nur helle Baumaterialien verwenden); will er jedoch sein Haus streichen, so ist er – im Sinn einer einheitlichen Gestaltung des äusseren Erscheinungsbildes der gesamten Überbauung – gehalten, auf dunkle Anstriche zu verzichten und einheitlich helle Farbtöne zu wählen.<sup>32</sup>

– Nicht prägend ist nach der hier vertretenen Auffassung auch die Verpflichtung, auf einem kirchlich genutzten Grundstück nur Nutzungen einer *bestimmten Konfession* (in casu Nutzungen im Sinn des evangelisch-reformierten Bekenntnisses) bzw. in einem Museum *nur «nicht zeitgenössische Kunst»* zuzulassen.<sup>33</sup> Bezüglich der religiösen Nutzung weniger klar ist die Prägungsfrage, wenn es um das Verbot der Nutzung durch eine andere als die bisherige *Religionsgemeinschaft* geht.

---

<sup>29</sup> Liver, Zürcher Komm., N 147 zu Art. 730 ZGB, mit Hinweis auf ZBGR 13 (1932) S. 91 ff. (Aargauer Obergericht und Bundesgericht). Die dort von den Parteien eines Grundstückskaufs verwendete «Bauklausel», deren Eintragung als Dienstbarkeit das Grundbuchamt ablehnte, hatte folgenden Wortlaut: «Bei weiterer Überbauung der Kaufobjekte (Neubauten) hat der Käufer, sowie allfällige Rechtsnachfolger [sic] die Arbeiten der Verkäuferin zu Konkurrenzpreisen zu übertragen, und es darf ohne Einwilligung der Verkäuferin kein Konkurrenzgeschäft berücksichtigt werden. Diese Bestimmung ist auf den verkauften Grundstücken als Dienstbarkeit einzutragen.»

<sup>30</sup> Liver, Zürcher Komm., N 140 und 152 zu Art. 730 ZGB.

<sup>31</sup> Urteil des BGer. vom 20. Januar 1983 i.S. Eukia AG gegen Alfred F. Sauter, in ZBGR 66 (1985) S. 167 ff. (169 ff.), E. 2.

<sup>32</sup> Urteil des BGer. vom 20. Januar 1983 i.S. Eukia AG gegen Alfred F. Sauter, in ZBGR 66 (1985) S. 167 ff. (170 f.), E. 2.

<sup>33</sup> Gl. M. Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 382 f.; bezüglich der kirchlichen Nutzung a. M. Liver, Zürcher Komm., N 138 zu Art. 730 ZGB.

### III. Nebensächliche Verpflichtungen gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB

#### 1. Gesetzliche Ausgangslage und dienstbarkeitsrechtliches Grundprinzip

Nach dem bereits zitierten Art. 730 Abs. 2 ZGB (vorne II./1.) kann eine Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen mit der Grunddienstbarkeit nur nebensächlich verbunden sein. Die Norm wurde in der *Revision* des Immobiliarsachenrechts, welche am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, dahin gehend ergänzt, dass derartige Verpflichtungen für einen Rechtsnachfolger nur verbindlich sind, wenn sie sich aus dem Grundbuch ergeben.<sup>34</sup>

Das Erfordernis der «Nebensächlichkeit» einer Verpflichtung zu einem Tun ergibt sich bereits aus dem ebenfalls bereits genannten, *allgemeinen Grundsatz* «*servitus in faciendo consistere nequit*» (eine Dienstbarkeit kann nicht in einem positiven Tun bestehen): Inhalt der

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 127

Dienstbarkeit – ob Grund- oder Personaldienstbarkeit<sup>35</sup> – ist aus Sicht des Dienstbarkeitsbelasteten stets ein Dulden oder Unterlassen.

#### 2. Grundbuchrechtliche Vorgaben

Die Verpflichtungen zu einem Tun erhalten gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB (nur dann) *realobligatorische* und damit für den Rechtsnachfolger verbindliche Wirkung, «wenn sie sich aus einer entsprechenden Umschreibung des Grundbucheintrags oder aus einem besonderen Hinweis im Hauptbuch auf den Grundbuchbeleg ergeben».<sup>36</sup> Das bedeutet, dass die Verpflichtung im *Hauptbuch* selber inhaltlich («selbsterklärend») erwähnt oder durch einen klaren Hinweis gekennzeichnet werden muss, während die blosser Nennung im Dienstbarkeitsvertrag (Beleg) nicht ausreicht.<sup>37</sup> Das diesbezügliche Stichwort im Hauptbuch wird zwar durch das Grundbuchamt festgelegt (Art. 98 Abs. 3 GBV); doch setzt dies einen Antrag voraus, sodass es den Parteien bzw. dem Notar obliegt, in der Anmeldung die realobligatorische Verknüpfung zu beantragen.<sup>38</sup> Nebensächliche Verpflichtungen, die nicht in dieser Weise im Hauptbuch (inhaltliches Stichwort oder klarer Hinweis auf Nebenleistungspflicht) erwähnt werden, haben grundsätzlich – mit einer gleich noch zu behandelnden intertemporal-rechtlichen Ausnahme – lediglich obligatorischen Charakter zwischen den ursprünglichen Parteien des Dienstbarkeitsvertrags (und ihren Universalsukzessoren).<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Botschaft, S. 5310.

<sup>35</sup> Steinauer, Les droits réels II, Nr. 2193.

<sup>36</sup> Botschaft, S. 5310 mit Hinweis auf BGE 124 III 289 ff. Zu diesem Entscheid vgl. bereits die Richtlinie des Bundesamtes für Justiz, Amt für Grundbuch- und Bodenrecht, vom 22. März 1999, ZBGR 80 (1999) S. 204 f., und dazu kritisch Schmid, ZBGR 80 (1999) S. 200 f.; derselbe, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, S. 284.

<sup>37</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1206; vgl. auch Hürlimann-Kaup, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 41; Pfäffli, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 122.

<sup>38</sup> Botschaft, S. 5310. Kritisch dazu immerhin Schmid, ZBGR 80 (1999) S. 200 f.

<sup>39</sup> BGE 124 III 289 ff. (292), E. 1c.

<sup>40</sup> Botschaft, S. 5339 f. («übergangsrechtliche Privilegierung»), mit Hinweis auf die angebliche frühere Vertragspraxis.

Eine *Ausnahme* gilt nach der Übergangsbestimmung von Art. 21 Abs. 2 SchlT ZGB für jene nebensächlichen Verpflichtungen, welche vor Inkrafttreten der Änderung vom 11. Dezember 2009 (also vor dem 1. Januar 2012) begründet worden sind.<sup>40</sup> Mit Bezug auf solche *alt-*

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 128

*rechtliche Dienstbarkeiten* können gemäss dem Gesetzeswortlaut nebensächliche Verpflichtungen, die sich nur aus den Grundbuchbelegen ergeben, «Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen haben, weiterhin entgegengehalten werden».

Die Regel ist inhaltlich aus mehreren Gründen problematisch:<sup>41</sup> Zunächst lässt sich diese Ausnahme von Art. 730 Abs. 2 ZGB wertungsmässig kaum rechtfertigen, und das Wort «weiterhin» sorgt für Verwirrung. Sodann werden in dogmatischer Hinsicht die Kategorienpaare «dinglich/obligatorisch» und «gutgläubig/bösgläubig» miteinander vermischt: Ist die betreffende Nebenverpflichtung nur obligatorisch (nicht dinglich), so kommt es auf den guten oder bösen Glauben des Erwerbers nicht an, sondern darauf, ob er die Nebenverpflichtung vertraglich übernommen hat. Und schliesslich ergibt die Trennung «gutgläubig/bösgläubig» keinen Sinn, da nach Art. 21 Abs. 2 SchlT ZGB die Nebenpflicht bei altrechtlichen Dienstbarkeiten auch bösgläubigen Erwerbern entgegengehalten werden kann.

Nebensächliche Verpflichtungen bei der *Baurechtsdienstbarkeit* brauchen dann nicht ins Stichwort aufgenommen zu werden, wenn sie vorgemerkt werden. Insofern stellt Art. 779b Abs. 2 ZGB eine *lex specialis* zu Art. 730 Abs. 2 ZGB dar.<sup>42</sup>

### 3.Schranken der Nebenpflicht nach Zweck und Umfang

Art. 730 Abs. 2 ZGB und das beschriebene dienstbarkeitsrechtliche Grundprinzip haben nach herrschender Auffassung Auswirkungen auf den Zweck und den Umfang der nebensächlichen Verpflichtung:<sup>43</sup>

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 129

- Einerseits darf die nebensächliche Verpflichtung *nur dazu dienen, die Ausübung der Dienstbarkeit zu ermöglichen, zu erleichtern oder zu sichern.*
- Sie darf sodann *dem Umfang nach nicht eine schwerere Belastung als das beschränkte dingliche Recht selbst darstellen.*

Die Nebenpflicht ist also hinsichtlich ihres Inhalts sowie ihres Umfangs akzessorisch mit der Dienstbarkeit verbunden. Entsprechend geht sie mit dem Untergang des Hauptrechts unter.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Kritisch auch: Hürlimann-Kaup, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 43; Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 1005; Zogg, Basler Komm., N 13 ff. zu Art. 21 SchlT ZGB.

<sup>42</sup> Gl. M. Wermelinger, S. 155 f. und 164.

<sup>43</sup> Zum Folgenden vgl. BGE 122 III 10 ff. (12), E. 1; 106 II 315 ff. (320), E. 3e; Urteil des BGer. vom 7. Juli 2010, Nr. 5A\_229/2010, E. 4.1.1 = ZBGR 92 (2011) S. 205 ff.; Urteil des BGer. vom 17. November 2009, Nr. 5A\_265/2009, E. 5.3.1 (insoweit nicht in BGE 136 III 60); Liver, Zürcher Komm., N 154, 195, 203 und 212 zu Art. 730 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1264; Steinauer, Les droits réels II, Nr. 2219 f.; Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 748 und 758.

<sup>44</sup> Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 744; Liver, Zürcher Komm., N 195 und 202 ff. zu Art. 730 ZGB.

## 4. Die mit der Nebenpflicht belastete Person

Ob nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks oder allenfalls auch der Dienstbarkeitsberechtigte nebensächlich verpflichtet werden kann, ist *in der Lehre umstritten*. Einige Autoren nehmen den in der Revision eingefügten zweiten Satz des Art. 730 Abs. 2 ZGB zum Anlass, nebensächliche Verpflichtungen nunmehr auch dem Dienstbarkeitsberechtigten auferlegen zu können.<sup>45</sup> Vertreter der gegenteiligen Ansicht halten an der Lehre und Rechtsprechung vor der Revision fest.<sup>46</sup>

Die erstgenannte Auffassung verdient nach der hier vertretenen Auffassung keine Zustimmung: Die nebensächliche Verpflichtung kann vielmehr *nur den Dienstbarkeitsbelasteten* treffen – aus folgenden Gründen:

- Die nebensächliche Verpflichtung hat nach dem Gesagten den *Zweck*, die Ausübung der Dienstbarkeit überhaupt erst zu ermöglichen, ohne dass hierzu zusätzlich eine Grundlast errichtet

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 130

werden muss.<sup>47</sup> Gleichzeitig darf sie nicht dazu führen, dass die Ausübung der Dienstbarkeit für den Berechtigten erschwert wird. Was den Umfang der nebensächlichen Verpflichtung angeht, kann die Schwere der zusätzlichen Last nur an der Dienstbarkeit selbst gemessen werden. Objektiv ist das nur möglich, wenn die Lasten – namentlich das Dulden/Unterlassen auf der einen Seite und das Tun auf der anderen Seite – die gleiche pflichtige Person betreffen.

- In *systematischer* Hinsicht ist anzumerken, dass Art. 730 ZGB die Wirkungen der Dienstbarkeit auf das belastete Grundstück regelt, nicht aber allfällige Pflichten des Dienstbarkeitsberechtigten. Die Unterhaltslast, die den Berechtigten treffen kann, bildet demgegenüber Gegenstand von Art. 741 ZGB.

- In *historischer* Hinsicht verweist Galland zutreffend auf den Vorentwurf von 1900, gemäss welchem «eine Verpflichtung des Eigentümers zur Vornahme von Handlungen [...] nur nebensächlich mit der Grunddienstbarkeit verbunden sein [kann]». <sup>48</sup> Über die neue Fassung (2009) von Art. 730 Abs. 2 ZGB fand keine parlamentarische Debatte statt.

Der nunmehr durch die Revision von 2009 in Art. 730 Abs. 2 ZGB eingefügte Zusatz, wonach «für den Erwerber des berechtigten oder belasteten Grundstücks [...] eine solche Verpflichtung nur verbindlich [ist], wenn sie sich aus dem Eintrag im Grundbuch ergibt», ändert aus den genannten Überlegungen nach hier vertretener Ansicht nichts an der Person des Verpflichteten: Nach wie vor können nebensächliche Verpflichtungen nur dem belasteten Grundeigentümer auferlegt werden. Die Norm ist vernünftigerweise so zu verstehen, dass sich beim Fehlen eines Grundbucheintrags weder der Rechtsnachfolger des Berechtigten auf die nebensächlichen Verpflichtungen berufen kann, noch der Rechtsnachfolger des Belasteten an die nebensächlichen Verpflichtungen gebunden ist. Gerade auch aus den Materialien ergeben sich keine Anhaltspunkte für einen anderen Gesetzeswillen.<sup>49</sup>

---

<sup>45</sup> Piotet, TDP V/2, Nr. 117, 124; Pfäffli, Erste Erfahrungen, S. 379; derselbe, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 123; wohl auch Riemer, § 12 N 18 (zum alten Recht).

<sup>46</sup> Hürlimann-Kaup, Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung, S. 62; dieselbe, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 42; Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1206; Steinauer, Les droits réels II, Nr. 2219; Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 717 ff. Für das frühere Recht bereits Liver, Zürcher Komm., N 194 zu Art. 730 ZGB; vgl. zur bisherigen Rechtsprechung BGE 124 III 289 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Urteil des BGer. vom 7. Juli 2010, Nr. 5A\_229/2010, E. 4.1.2 = ZBGR 92 (2011) S. 205 ff.; zur Grundlast hinten 6.

<sup>48</sup> Text auch wiedergegeben in: Fasel, S. 419.

<sup>49</sup> So auch Hürlimann-Kaup, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 42.

## 5. Beispiele

### A. Rechtsprechung

Als nebensächliche Verpflichtungen gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB wurde in der Rechtsprechung *zugelassen*: die Pflicht, Pflanzen in der bestehenden Höhe stehen zu lassen und abgehende Bäume und Sträucher durch ähnliche Pflanzen zu ersetzen;<sup>50</sup> die Pflicht, eine Wohnung mit Spannteppichen zu belegen (um Trittschall zu vermeiden oder zu minimieren);<sup>51</sup> die Pflicht, einen Lärmschutz-Erdwall zu errichten und beizubehalten.<sup>52</sup>

Demgegenüber hat die Rechtsprechung bei folgenden Abreden die Eignung als nebensächliche Verpflichtung gemäss Art. 730 Abs. 2 ZGB *verneint*: Die Pflicht des Berechtigten, eine Dachplatte zu erstellen, die stabil genug ist, um auf dem belasteten Grundstück eine Terrasse zu tragen;<sup>53</sup> die Pflicht zur Zahlung eines Baurechtszinses als nebensächliche Verpflichtung;<sup>54</sup> die Pflicht zur Erstellung einer Geleiseanlage;<sup>55</sup> die Pflicht zur Stromlieferung (zumal gar keine Grunddienstbarkeit vorlag, konnte es sich nicht um eine Pflicht nach Art. 730 Abs. 2 ZGB handeln);<sup>56</sup> die Pflicht zum exklusiven Energiebezug bei einer bestimmten Lieferantin.<sup>57</sup>

*Offengelassen* wurde die Frage durch das Bundesgericht bezüglich der Pflicht, die abgebaute Fläche einer Kiesgrube wieder aufzufüllen<sup>58</sup> sowie für den Unterhalt eines Waldes im Rahmen eines Wegrechts zu sorgen.<sup>59</sup>

### B. Literatur

In der Literatur werden weitere praxisrelevante Anwendungsfälle behandelt.<sup>60</sup> Unterschieden werden können persönliche (Dienst-)Leistungspflichten (z.B. die Pflicht, einen Wassergraben zu reinigen oder schädigende Wirkungen auf Einrichtungen des Dienstbarkeitsberechtigten abzuwehren) und materielle Leistungen (z.B. die Pflicht, einen Weg zu unterhalten und zu beleuchten).<sup>61</sup> Die Botschaft zum Schuldbriefrecht nennt auch die Pflicht zur Zahlung einer Einkaufssumme,<sup>62</sup> deren

---

50 Obergericht ZH, Beschluss und Urteil vom 20. März 2012, LB110069-O/U.

51 BGE 106 II 315 ff. (318 ff.), E. 2c–e.

52 LGVE 1987 I Nr. 7, S. 17 f. (Luzerner Obergericht; Grenzfall, was die Errichtungspflicht angeht).

53 Urteil des BGer. vom 7. Juli 2010, Nr. 5A\_229/2010 = ZBGR 92 (2011) S. 205 ff., besprochen von Hürlimann-Kaup in ZBJV 148 (2012) S. 261 ff. (286 ff.).

54 BGE 127 III 300 ff. (303), E. 5a/bb.

55 BGE 122 III 10 ff. (12), E. 1.

56 Kantonsgericht GR, Urteil vom 14. Dezember 1998, ZF 98 64.

57 SJZ 32 (1935–1936) S. 348 f. (Eidgenössisches Grundbuchamt).

58 BGE 137 III 444 ff. (452), E. 4.2.5; kritisch Schmid, ZBGR 94 (2013) S. 208, der die Wiederauffüllungspflicht als nebensächliche Verpflichtung nach Art. 730 Abs. 2 ZGB ansieht.

59 Urteil des BGer. vom 17. November 2009, Nr. 5A\_265/2009, E. 5.3.1 (insoweit nicht in BGE 136 III 60), besprochen von Koller in AJP 2010, S. 353 f. (354).

60 Umfassende Darstellungen bei Galland, *Le contenu des servitudes foncières*, Nr. 766 ff.; Liver, *Zürcher Komm.*, N 212 zu Art. 730 ZGB; Steinauer, *Les droits réels II*, Nr. 2219.

61 Galland, *Le contenu des servitudes foncières*, Nr. 750.

62 Botschaft, S. 5310 unter Hinweis auf BGE 124 III 289 ff.

Eignung als dienstbarkeitsrechtliche Nebenpflicht indessen nach der hier vertretenen Auffassung fraglich ist.<sup>63</sup>

## 6. Abgrenzungen

Abzugrenzen ist die nebensächliche Verpflichtung als Leistungspflicht in Form eines positiven Tuns seitens des belasteten Grundstückseigentümers einerseits von den Unterhaltspflichten gemäss Art. 741 Abs. 2 Satz 2 ZGB und andererseits von den Grundlasten gemäss Art. 782 ff. ZGB.

Die *Unterhaltspflichten* unterscheiden sich von den nebensächlichen Verpflichtungen einerseits inhaltlich und andererseits hinsichtlich des Verpflichteten. Inhaltlich bedarf es bei den Unterhaltspflichten zunächst einer bestehenden Vorrichtung, welche regelmässig eine unbewegliche Sache – wie etwa einen geteerten Belag – darstellt.<sup>64</sup> Die Norm bezweckt den Unterhalt (Erhalt im ordnungsgemässen Zustand<sup>65</sup>) ebendieser Vorrichtung durch die Person, welche von der Vorrichtung profitiert. Grundsätzlich ist es daher Sache des Berechtigten, die Vorrichtung(en) zu unterhalten – es sei denn, die Vorrichtung diene beiden Parteien oder sie vereinbaren eine andere Lasten-

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 133

verteilung (Art. 741 Abs. 2 ZGB). Weiter ist die Unterhaltspflicht eine gesetzliche Obligation, wogegen es sich bei der nebensächlichen Verpflichtung um eine gewillkürte Obligation handelt.<sup>66</sup>

Die Unterhaltspflicht ist als gesetzliche Pflicht realobligatorischer Natur.<sup>67</sup> Im Gegensatz zur nebensächlichen Verpflichtung muss sich bei der Unterhaltspflicht eine abweichende – und damit gewillkürte – Lastenverteilung lediglich aus den Belegen des Grundbuchs ergeben und nicht aus dem Hauptbuch (Stichwort).<sup>68</sup>

Pflichten des Dienstbarkeitsberechtigten, welche den Rahmen von Unterhaltspflichten sprengen (und sich auch nicht unter Art. 730 Abs. 2 ZGB erfassen lassen), können grundsätzlich lediglich mit rein obligatorischer Wirkung vereinbart werden.<sup>69</sup> Vorzubehalten sind immerhin Fälle, in denen das Gesetz eine besondere Lösung bereithält, wie etwa bei der Vormerkung des Baurechtszinses oder anderer Verpflichtungen des Baurechtsberechtigten aus dem Baurechtsvertrag gemäss Art. 779a Abs. 2 und Art. 779b Abs. 2 ZGB.

Bei der *Grundlast* gemäss Art. 782 ZGB schuldet der Eigentümer des belasteten Grundstücks, wie bei der nebensächlichen Verpflichtung, ein positives Tun.<sup>70</sup> Da sich der Schuldner nach dem Eigentum am belasteten Grundstück bestimmt, handelt es sich ebenfalls um eine Realobligation.<sup>71</sup> Der inhaltliche Hauptunterschied zwischen den nebensächlichen Verpflichtungen und der sich aus der Grundlast ergebenden Pflicht besteht im Begriff der «Nebensächlichkeit». Die Grundlast ist nicht ein bloss nebensächliches, mit einer Dienstbarkeit akzessorisch verbundenes, sondern ein

---

63 Ablehnend auch Schmid, ZBGR 80 (1999) S. 200.

64 Liver, Zürcher Komm., N 19 zu Art. 741 ZGB; Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1290.

65 Liver, Zürcher Komm., N 33 zu Art. 741 ZGB.

66 Urteil des BGer. vom 7. Juli 2010, Nr. 5A\_229/2010, E. 4.1.2 = ZBGR 92 (2011) S. 205 ff.; Galland, Le contenu des servitudes foncières, Nr. 914.

67 Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1290a.

68 Pfäffli, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 124; kritisch zur von Art. 973 Abs. 1 ZGB abweichenden Gesetzgebung: Hürlimann-Kaup, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, S. 44.

69 So auch Urteil des BGer. vom 7. Juli 2010, Nr. 5A\_229/2010, E. 4.3 = ZBGR 92 (2011) S. 205 ff.

70 Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1443; Riemer, § 8 N 5.

71 Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1445 und 1443.

eigenständiges («hauptsächliches») beschränktes dingliches Recht. Ferner kann der Schuldner der Forderung aus einer Grundlast – im Gegensatz zu jenem einer nebensächlichen Verpflichtung aus einer Dienstbarkeit – nicht klageweise zur Erfüllung der persönlichen Leistung angehalten werden. Vielmehr

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 134

haftet er einzig mit dem Wert des belasteten Grundstücks. Die Grundlast stellt mit anderen Worten – wenn es um die Durchsetzung geht – nicht ein Nutzungs- und Gebrauchs-, sondern ein Wertrecht dar (vgl. auch Art. 37 Abs. 1 SchKG).<sup>72</sup>

## Literatur

Cotti Lukas, Das vertragliche Konkurrenzverbot – Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Diss. Freiburg 2001; Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff. (zitiert: Botschaft); Fasel Urs, Sachenrechtliche Materialien, Von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912, Basel/Genf/München 2005; Galland Cyril, Le contenu des servitudes foncières, Aspects de droit réels et obligations de faire rattachées à la servitude, Diss. Fribourg 2012, Genève/Zürich/Bâle 2013 (zitiert: Galland, Le contenu des servitudes foncières); derselbe, Les servitudes de concurrence – un instrument à manier avec précaution, ZBGR 95 (2014) S. 145 ff. (zitiert: Galland, Les servitudes de concurrence); Germann Martin, Der Vertrag zur Errichtung einer Grunddienstbarkeit, Luzerner Diss., Bern 2008; Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB), 5. Aufl., Basel 2015 (zitiert: BearbeiterIn, Basler Komm.); Hürlimann-Kaup Bettina, Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung von Dienstbarkeiten, INR Nr. 16, S. 6 ff. (zitiert: Hürlimann-Kaup, Schranken der inhaltlichen Ausgestaltung); dieselbe, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 25 ff. (zitiert: Hürlimann-Kaup, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht); dieselbe, Unzulässigkeit sogenannter Sicherungsdienstbarkeiten, BR/DC 2015, S. 163 f. (zitiert: Hürlimann-Kaup, Unzulässigkeit sogenannter Sicherungsdienstbarkeiten); Liver Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten, 2. Aufl., Zürich 1980; Pfäffli Roland, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, ZBGR 93 (2012) S. 372 ff. (zitiert: Pfäffli, Erste Erfahrungen); derselbe, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Revision des Immobiliarsachenrechts, Bern 2011, S. 109 ff. (zitiert: Pfäffli, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht); Piotet Denis, Les nouvelles dispositions relatives aux servitudes, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 59 ff. (zitiert: Piotet, Les nouvelles dispositions relatives aux servitudes); derselbe, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in: TDP (Traité de droit privé suisse = SPR/Schweizerisches Privatrecht), Band V/2, 2. Aufl., Basel 2012 (zitiert: Piotet,

---

ZBJV 153/2017 S. 116, 135

TDP V/2); Rey Heinz, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilbd.: Die Grunddienstbarkeiten, 1. Lieferung: Systematischer Teil und Art. 730 und 731 ZGB, 2. Aufl., Bern 1981; Riemer Hans Michael, Die beschränkten dinglichen Rechte – Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Bern 2000; Schmid Jörg/Hürlimann-Kaup

---

<sup>72</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, Nr. 1445 und 1452a.



Bettina, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012; Schmid Jürg, Dienstbarkeitsrecht im Wandel, ZBGR 84 (2003) S. 269 ff. (zitiert: Schmid, Dienstbarkeitsrecht im Wandel); Steinauer Paul-Henri, Les droits réels, Band II, 4. Aufl., Bern 2012 (zitiert: Steinauer, Les droits réels II); Wermelinger Amédéo, Neues und Altes zum Baurecht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht –Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich 2012, S. 139 ff.; Wolf Stephan/Genna Gian Sandro, Einschränkung gewerblicher Tätigkeiten durch Dienstbarkeiten, in: Wiegand Wolfgang/Koller Thomas/Walter Hans Peter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher, Bern/Zürich 2010, S. 839 ff.